Derechos reales atípicos entre el mito y la leyenda: un análisis de los sistemas numerus *apertus y numerus clausus*

Juan Sebastián Baquero Correa,
Universidad San Francisco de Quito (USFQ), estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: juan.baquero@estud.usfq.edu.ec

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Resumen

El principio de autonomía de la voluntad es la piedra angular del Derecho Civil. Doctrinariamente se ha establecido que aquella autonomía otorga a los particulares la soberanía para autogobernarse dentro de la esfera de sus relaciones privadas. Tal autonomía posee pocos límites: la ley, la moral y el orden público. Por ello, ante tales limitaciones, en los derechos personales se ha planteado una cuasi omnipotencia privada. El objeto de este trabajo es descifrar si aquella autonomía privada, que permite la configuración de cuanto contrato atípico cruce el imaginario humano, se extiende a los derechos reales y si la libre constitución de estos derechos es un tema de orden público. De esta forma, se podrá concluir si los particulares pueden configurar novedosos derechos reales atípicos (tesis del *numerus apertus*) o, por el contrario, si existe una reserva legal respecto a qué derechos reales pueden los particulares configurar (tesis del *numerus clausus*). Con tal objeto, en el presente artículo se realiza un estudio que explora si los derechos reales son taxativos o meramente ejemplificativos en su tratamiento por el Código Civil ecuatoriano, para verificar si el sistema es *apertus* o *clausus*, y las razones que lo fundamentan.

Palabras clave

Derechos reales, *ius in rem*, *numerus clausus*, *numerus apertus*, autonomía de la voluntad, sistema abierto, sistema cerrado, Ecuador.

Atypical property rights between the myth and the legend: an analysis of systems numerous apertus and numerous clausus

Abstract

The party autonomy is the cornerstone on Civil Law subject. Doctrinally, it has been established that this autonomy gives individuals sovereignty to govern themselves within the sphere of their private relations. This autonomy has very few limits: namely law, morality and public order. Thus, contract rights have been imbued with a quasi private omnipotence. In this article we seek to decipher if this private autonomy – which allows the configuration of as many atypical contracts that cross the human imagination – extends to property rights, so that novel property rights not covered by the law may be established or if it is a public order topic that limits party

autonomy and demands property rights to be covered in legal codes prior to be created. For such an undertaking, it is necessary to construct an hermeneutical study about the tipicity (numerus clausus) or list without limitation (numerus apertus) on Ecuadorian Civil Code, with the motive to firstly verify the system chosen on Ecuador and the reasons that supports it.

Keywords
Civil Law, ius in rem, party autonomy, Property Law, numerus clausus, numerus apertus.

1. Introducción

"En materia contractual, la voluntad es soberana; es ella la que dicta el derecho"[1], escribía con encomio Arturo Alessandri alrededor de 1940 en sus apuntes de clase. Es en este sentido que las personas, en sus relaciones privadas, pueden dictarse el derecho para sí mismas, por lo que son soberanas y ostentan autonomía privada. En efecto, los particulares pueden hacer uso de la autonomía de la voluntad para celebrar contratos y obligarse. Tal es la soberanía privada que, a pesar de que el libro IV del Código Civil ecuatoriano contenga disposiciones que regulan los contratos típicos y nominados[2], los particulares pueden celebrar novedosos contratos atípicos, en razón de su autonomía.

Poco importa que en la ley no se tipifiquen todos los contratos, pues la autonomía de la voluntad suple aquella falta con el fin de satisfacer los más diversos intereses de los particulares. Por consiguiente, al menos en materia contractual o, si se quiere, en cuanto a los derechos personales, como los particulares pueden crear contratos atípicos e innominados, existe una suerte de sistema abierto libre de creación por los particulares también conocido como *numerus apertus* de derechos personales[3].

No obstante, hay juristas que sostienen que la autonomía de la voluntad es tan amplia que incluso se extiende a otros derechos subjetivos, como los derechos reales. Existe de esta forma un sistema *numerus apertus* de derechos reales mediante el cual la autonomía de la voluntad no solo rige en materia de derechos personales, sino también —y con la misma intensidad— en materia de derechos reales y en el estudio de la propiedad[4]. Por consiguiente, en los sistemas de derechos reales *numerus apertus,* los particulares pueden constituir cuanto derecho real atípico cruce el imaginario humano.

Existe también un sistema de derechos reales contrario al sistema *numerus apertus,* llamado *numerus clausus* o sistema cerrado, en el cual existe una reserva legal de derechos reales. El sistema de derechos reales *numerus clausus* es el que ninguna persona puede, efectivamente,

---

1 Alessandri Rodríguez, Arturo. *De los contratos*. Bogotá: Temis, 2011, p. 10.
2 Los contratos que prescriben las leyes son típicos y nominados. *Vid*. Alessandri Rodríguez, Arturo. *De los contratos… Óp., cit.*, p. 37.
3 Ghersi, Enrique. *Del númerus clausus al númerus apertus,* 2011. http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-5-del-numerus-clausus-al-numerus-apertus/ (acceso: 09/08/2016).
4 *Ibíd*.

constituir otros derechos reales que los establecidos por ley[5]. De esta forma, los particulares se ven limitados a un número determinado de derechos reales fijados de manera típica. Al respecto, Alessandri, Somarriva y Vodanovich manifiestan que "el número de derechos reales es cerrado […] [cuando] sólo existen los tipos que las leyes expresamente establecen"[6]. Por consiguiente, la voluntad de los particulares reside en la elección del derecho real típico que más se ajuste a sus necesidades del momento, así como en su constitución según los requerimientos legales.

Entre ambos sistemas de derechos reales existe una clara contraposición. En el sistema cerrado de derechos reales existe un paternalismo del Estado para la regulación de las relaciones jurídicas, mientras que en el sistema abierto es latente la necesidad del individuo de autorregular sus intereses. De tal forma, es claro que establecer la manera de organizar las relaciones jurídicas no es materia sencilla. "[L]a disyuntiva de si las relaciones entre los miembros de la comunidad deben ser reguladas 'desde arriba' por el poder público, o por los propios 'interesados' según su voluntad, naturalmente dentro de ciertos límites"[7], es un asunto objeto de ardua discusión a nivel legislativo. Por esta razón, el presente artículo realiza un análisis de los sistemas de derechos reales para verificar a nivel jurídico cuál es el sistema más consistente; en especial, se examina los argumentos contra el sistema *apertus* para verificar cuál de ellos es fundado, además de analizarse el sistema ecuatoriano de derechos reales.

2. El sistema de derechos reales *numerus apertus*

El sistema *numerus apertus* consiste en la posibilidad de constituir derechos reales atípicos sustentándose principalmente en la autonomía de la voluntad. En tal sentido, es un sistema que entraña mayores libertades particulares que el *numerus clausus*, pues existe autodeterminación de derechos reales por el propio sujeto.

Respecto de las libertades, se ha establecido que el *numerus clausus* únicamente es justificable si no existiera otro medio para que el Estado limite los derechos reales y su contenido[8]. El Estado, al procurar el bienestar de sus ciudadanos, debe propender hacia una política legislativa de mínima intervención en sus libertades individuales. Por lo tanto, si existe un mecanismo para regular la creación de derechos reales sin prohibirlos, el Estado, en teoría, debería adoptarlo con el fin de otorgar libertad al tráfico jurídico y a la interacción en el mercado[9].

Un posible límite a la configuración desmedida de derechos reales se da a través de regulaciones a los negocios jurídicos. Por cuanto el negocio jurídico es un verdadero puente de acceso al derecho real, el Estado podría regular los derechos reales inconvenientes mediante el negocio jurídico, dotándose a su vez de buenos sistemas registrales.

---

5 *Vid*. Borda, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil: Derechos Reales*. *Tomo II*. Argentina: Abeledo-Perrot, 1999, p. 8.

6 Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovich, Antonio. *Tratado de los Derechos Reales*. *Tomo I*. Quinta ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 22.

7 Feigin de Bendersky, Martha. "La autonomía de la voluntad en materia de derechos reales". *Lecciones y ensayos* No. 31 (1966), p. 97.

8 *Cfr*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales: Numerus Apertus y Numerus Clausus*.Primera ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 513.

9 *Ibíd*.

En España, por ejemplo, hay un sistema *numerus apertus* y existe la Dirección General de Registro y de Notariado (en adelante, DGRN), que ha establecido pautas para la inscripción de nuevos derechos reales, limitando así su oponibilidad *erga omnes* como derecho real. En este sentido, los requisitos a cumplirse según la DGRN son:
- No basta la mera voluntad para la configuración de los derechos, aunque se reconoce su importancia en la misma, sino que la nueva figura debe reunir los requisitos típicos del derecho real: poder inmediato sobre la cosa o semejanza con otros derechos reales, es decir, debe tener los caracteres propios de los derechos reales.
- Es necesario cumplir unos requisitos de fondo y forma que imponen la especial naturaleza de los derechos reales y las características externas que trascienden los terceros. Sobre todo, en cuanto a la forma necesaria para su acceso al Registro (documento público).
- Es necesaria la determinación del objeto y del contenido del derecho (facultades); lo que significa la perfecta descripción del objeto que se grava y del derecho (principio de especialidad, artículo 9 LH).
- Es necesario que exista una causa o razón que los justifique: como cumplir una necesidad socio-económica[10].

Se puede agregar como requisito que no basta que los particulares hayan constituido un derecho con ciertos propósitos y la instrumentación jurídica adecuada que hagan pensar que es un derecho real, ya que son las partes las que deben dejar en claro que los efectos que se quieren son reales y no personales[11]. En este sentido, si los particulares omiten especificar su deseo de efectos reales, la interpretación debe ser restrictiva y tendiente a efectos de derechos personales[12]. Por consiguiente, como se ha expuesto, los derechos reales en cierto sentido son regulables mediante requisitos de inscripción para su publicidad y oponibilidad hacia terceros.

No obstante, a pesar de la posibilidad de regular la oponibilidad mediante la inscripción, no es oportuno realizarlo puesto que ralentiza el sistema de inscripción. El registrador de la propiedad ya no debe realizar la sencilla tarea de registrar derechos reales delimitados con anterioridad, sino que se encarga de analizar en cada situación si el derecho que se quiere inscribir constituye un nuevo derecho real. Por tanto, el aceptar el sistema *apertus* mediante regulaciones a la inscripción ralentiza el sistema de título y modo.

A favor del *numerus apertus* se ha establecido que está más apegado a las necesidades actuales de la sociedad en sus relaciones jurídicas complejas. En el sistema *numerus clausus*, al existir una reserva legal de derechos reales, las posibilidades jurídicas de los particulares en cuanto a configuración de derechos reales se quedan enmarcadas en las establecidas por el legislador. En la medida en que no se puede confiar en que los legisladores hayan estado prestos a los negocios jurídicos que han adquirido tipicidad social[13], es necesario un sistema de autodeterminación de

10 Goñi Rodríguez de Almeida, María. "Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un numerus apertus en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. No. 693. (Enero-febrero 2006), pp. 311-315.
11 *Cfr*. Díez-Picazo, Luis, y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil: derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*. Séptima ed. España: Tecnos, 2005, p. 48.
12 *Ibíd*.
13 Lacruz Berdejo, José *et al*. *Elementos de Derecho Civil III: Derechos Reales,* volumen I. Tercera ed. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, S.A., 1990, p. 23.

derechos reales por el sujeto. Por lo tanto, a favor del sistema *numerus apertus* se argumenta que la autonomía privada no se puede suplir por una lenta actividad legislativa[14], y que es demasiado aspirar a que el legislador decimonónico haya previsto todas las posibilidades reales. Más aun, la problemática de la necesidad de un sistema apegado a los actuales requerimientos sociales se agrava en países como el Ecuador, donde sigue rigiendo un Código Civil decimonónico con derechos reales de sorprendente antigüedad.

No obstante, cabe preguntarse, si aparentemente el sistema *numerus apertus* presenta tales ventajas, por qué la mayoría de países tienen incorporado en su ordenamiento un sistema cerrado. En respuesta a la problemática, Ghersi[15] encuentra central un tema de costos[16]. La modernidad sustituyó el sistema de *numerus apertus* por el sistema *numerus clausus* dado que el costo de averiguar quién era el propietario era muy alto. De forma que "[…] [podía] ocurrir que justo la parte que te interesa de [un] […] bien, para hacer un negocio o desarrollar una explotación, sea justo la parte que un antepasado le entregó a alguien"[17]. Precisamente, al ser el costo de transacción tan alto, la solución fue centralizar los derechos reales mediante un sistema cerrado[18].

A pesar de la centralización, Ghersi establece que el derecho se direcciona hacia un sistema *apertus* de nuevo, pues los costos de transacción ya no son altos. Dada la reducción del costo de información "[h]oy día contar con un sistema de Registro Público barato, accesible, por internet, es una realidad […]. Es francamente muy barato, muy sencillo, establecer un sistema […] donde por lo menos la transparencia y la publicidad para terceros, queda asegurada fehacientemente"[19]. Por ello, parecería ser que al menos en cuanto a los costos el sistema *numerus apertus* hoy en día es posible, pero se debe analizar las razones jurídicas por las que los distintos ordenamientos y doctrinarios son renuentes al sistema.

3. Análisis de la crítica al sistema de derechos reales *numerus apertus*

3.1. Autonomía de la voluntad y derechos reales: ¿agua y aceite?

El sistema de derechos reales *numerus apertus* se sustenta principalmente en el principio de autonomía de la voluntad. Autores como Luis Díez-Picazo parecen establecer que la figura de la atipicidad es atinente a la contratación únicamente por cuanto la autonomía privada es propia de los contratos. Al respecto, este autor manifiesta, en cuanto a la posibilidad de establecer cuasicontratos atípicos, que:

> Un conocido trabajo de G. Ortega Pardo pretendió dar carta de naturaleza a los cuasicontratos atípicos. Sin embargo, el planteamiento me parece equivocado. Las ideas de tipicidad y

14 *Cfr*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistema de Derechos Reales… Óp. cit*., p. 513.
15 Enrique Ghersi es un jurista peruano, reconocido en Latinoamérica por sus trabajos en análisis económico del derecho. Es fundamental en el estudio del sistema *apertus*, puesto que es uno de sus mayores partidarios en Latinoamérica.
16 *Cfr*. Ghersi, Enrique. *Del númerus clausus al númerus apertus…* Óp. cit. (acceso: 09/08/2016).
17 *Ibíd*.
18 *Cfr*. *Ibíd*.
19 *Ibíd*.

> atipicidad se encuentran en función de la autonomía privada y pertenecen por ello al Derecho de Contratos[20].

Por consiguiente, si se concibe que la autonomía de la voluntad está fuera de los derechos reales, mal puede existir una tesis *numerus apertus.* Por tanto, es necesario verificar si el principio de autonomía de la voluntad se extiende solo a los contratos o también a otras áreas del derecho, como los derechos reales.

La autonomía de la voluntad ha sido definida "[por la] mayoría de autores [como] la actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegadas por el mismo titular de ellas"[21]. No obstante, a la definición citada cabría añadir que, más que una actividad, es un principio que rige en el Derecho. El principio de autonomía de la voluntad tiene conexión con la autodeterminación de las relaciones jurídicas y los derechos constitucionales de libertad. Indudablemente, la autonomía privada no solo es inescindible de los derechos constitucionales de libertad, sino que la libertad es su misma fuente; sin libertad no existe autonomía de la voluntad. Es tan clara esta estrecha vinculación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que el derecho a la libertad contractual —el cual es la más clara manifestación de la autonomía privada— está reconocido en la Constitución dentro de los derechos de libertad[22].

Incluso hay quienes sostienen que la autonomía de la voluntad es connatural al hombre al igual que la libertad. Posición que resulta interesante, pues la autonomía privada no es un derecho respecto del cual se pueda sostener como fuente a la dignidad humana, ya que es un principio del Derecho. Por el contrario, otra sección de la doctrina establece que es a través del Estado y el ordenamiento jurídico de donde nace el principio[23], pues mal podría existir un principio del Derecho sin que exista ordenamiento. Sin duda, se debe vislumbrar más allá de su aparente naturalidad al hombre, ya que es innegable que el ordenamiento jurídico le brindará eficacia a los negocios jurídicos[24].

La doctrina ha establecido a la ley, el orden público y las buenas costumbres[25] como límites a la autonomía de la voluntad, con el fin que la libertad no afecte a la comunidad. Legislativamente no ha sido sencillo fijarlos, ya que si se concibe una autonomía de la voluntad con pocos límites, supone una incontrolada libertad privada, lo cual afecta el orden social; mientras que extensos límites suprimen a la propia autonomía[26].

Es claro que la autonomía de la voluntad posee límites, pero ¿el Derecho de Contratos es su frontera, o es extensible a otras áreas del Derecho Civil?

---

20 Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. *La doctrina del enriquecimiento sin causa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 88.

21 Monroy Cabra, Marco. *Introducción al Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 1996, p. 425.

22 El artículo 66 numeral 16 de la Constitución del Ecuador prescribe que "[s]e reconoce y garantizará a las personas: 16. El derecho a la libertad de contratación". Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 16. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

23 Wagner de Tizon, Claudia. *Limitaciones a la autonomía de la voluntad*. Tesis doctoral. Universidad del Litoral, Santa Fe, 2011, p. 14.

24 *Ibíd*.

25 Acerca de los límites a la autonomía privada, *vid*. Díez-Picazo, Luis. *Sistema de Derecho Civil*, volumen I. Decimoprimera ed. Madrid: Tecnos, 2003, pp. 382-384.

26 *Cfr*. *Id*., p. 381.

En tanto la autonomía de la voluntad es un principio, no es solo aplicable al régimen contractual. Se trata de un principio vertical al Derecho Civil que tiene fuerte incidencia en todo el Código. En tal sentido, puede decirse que la autonomía de la voluntad es un *regulae iuris* al ser un principio general del derecho. Si bien el contrato es su máxima expresión, el principio se refleja en otras esferas, tales como los negocios jurídicos unilaterales como el testamento o el poder, en la elección de nacionalidad y domicilio civil, en el reconocimiento de hijos extraconyugales[27] y en la constitución de derechos reales.

El que exista una reserva legal en cuanto a la delimitación de derechos reales no implica que el sistema suprima la autonomía privada, sino que simplemente los particulares deben adecuar su voluntad dentro de los derechos reales legalmente previstos[28]. Por tanto, se puede colegir que aun en el sistema *numerus clausus,* la autonomía de la voluntad y los derechos reales no son agua y aceite, motivo por el cual al menos el argumento de la autonomía de la voluntad como fuente del sistema parece mantenerse.

3.2. Esquivando la problemática: ¿es posible pensar en nuevos derechos reales?

Los derechos personales de un contrato y los derechos reales pueden parecer figuras disímiles. Parece cuestionable afirmar que dado que se otorga eficacia a derechos personales atípicos, en la misma forma se deba permitir derechos reales atípicos.

De modo general, a pesar de que los derechos personales y reales tengan en común partir de los derechos subjetivos[29], sus diferencias son cuantiosas. En el deseo de encontrar una forma de comparar figuras disímiles y ver sus límites, es necesario adoptar una metodología no muy frecuente.

Según Leopoldo Peralta Mariscal, en el estudio tanto de los derechos reales como de los derechos personales, existen dos tipos de estructuras: complejas y simples[30]. En cuanto a derechos personales, establece que son estructuras complejas los contratos que el Código Civil regula en configuraciones típicas (compraventa, arrendamiento, mandato, etcétera)[31]. Más aun, la tipicidad de estas estructuras es tal que el Código Civil no solo prescribe contratos típicos en calidad de estructuras complejas, sino que regula sus subtipos contractuales (mandato representativo o mandato no representativo, compraventa de muebles e inmuebles, etcétera)[32].

27 *Cfr*. Monroy Cabra, Marco. *Introducción al Derecho*. *Óp*. *cit*., p. 426.

28 En este sentido, Daniel Peñailillo Arévalo pone como ejemplo que incluso en el usufructo legal del marido "hace falta que tengan lugar, junto al precepto legal que los establece, se agreguen otros supuestos (que haya matrimonio, por ej.), en lo que es decisiva la voluntad de los particulares". Peñailillo Arévalo, Daniel. *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*. Segunda ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 20.

29 *Vid*. Parraguez Ruiz, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano*: *Libro Cuarto Teoría General de las Obligaciones*, volumen I. Loja: Talleres Gráficos de la UTPL, 2000, p. 15.

30 *Cfr*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales: Numerus Apertus y Numerus Clausus… Óp*. *cit*., p. 39.

31 *Vid*. Código Civil ecuatoriano título XXII compraventa, título XXIII permuta, título XXIV cesión de derechos, título XXV arrendamiento, título XXVI sociedad, título XVII mandato, título XVIII comodato, título XXIX mutuo, título XXX depósito, título XXXI contratos aleatorios, título XXXIV fianza, título XXXV prenda, título XXXVI hipoteca, título XXXVII anticresis y título XXXVIII transacción.

32 *Cfr*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales: Numerus Apertus y Numerus Clausus… Óp*. *cit*., p. 39.

Las estructuras simples de derechos personales, en cambio, son las prestaciones[33], las cuales el Código Civil prescribe como dar, hacer y no hacer. A su vez, estas estructuras simples tienen regulaciones en sus subtipos (prestaciones de dar cosas ciertas, inciertas, sumas de dinero, etcétera)[34].

Por otra parte, en materia de derechos reales, se puede hacer la misma catalogación con el método estructural. Al igual que los contratos, los derechos reales también son estructuras complejas[35]. Al ser los derechos reales estructuras complejas, están compuestas de estructuras simples que vendrían a ser los atributos del dominio (*ius utendi, ius fruendi* e *ius abutendi*)[36].

Tanto los derechos personales como los reales poseen estructuras complejas conformadas a manera de células de estructuras simples. Mientras que las estructuras simples de derechos personales son prestaciones equivalentes a las posibilidades que una persona puede realizar como deudora de otra, las estructuras simples de derechos reales son los atributos del dominio que una persona puede tener respecto de una cosa[37].

Las estructuras simples de los derechos personales como las de los derechos reales son limitadas. Así, en los derechos personales las prestaciones configuran una nueva frontera; son limitaciones de hecho. No es del caso que los particulares no puedan pactar cosas distintas, sino que la realidad es un límite[38]. Sencillamente no se pueden concebir otras prestaciones que las de dar, hacer o no hacer[39]. En realidad, no es que los particulares no tengan la facultad de crear negocios jurídicos con otras prestaciones, sino que al versar sobre conductas humanas, no es posible realizar otras que las previamente establecidas. Corresponde a los particulares encajar su autonomía privada dentro de las prestaciones posibles materialmente[40], pero las posibilidades de creación de estructuras complejas parecen ser infinitas.

En cuanto a las estructuras simples de derechos reales, al ser tres los atributos del dominio, se dificulta de sobremanera pensar en infinitos derechos reales atípicos. Si se toma en cuenta que los derechos reales son combinaciones del desmembramiento de los atributos del dominio que se estructuraron desde los albores del Derecho Romano hasta nuestros días, la cabida de un nuevo derecho real no imaginado hasta el presente parecería ser impensable.

Este ha sido uno de los argumentos alegados contra el sistema *numerus apertus* con el fin de evitar entrar a la discusión; puesto que si es imposible el pensar en otro derecho real no creado, la discusión es infructífera. No obstante, los derechos personales se encuentran limitados por un número finito de estructuras simples, y a pesar de ello, no hay dificultades en idear un número infinito de derechos personales. Probablemente, exista más dificultad en proponer nuevos derechos reales, teniendo en consideración que estos aterrizan sobre objetos materiales, mientras

33 *Ibíd*.
34 *Ibíd*.
35 *Id*., p. 40.
36 *Ibíd*.
37 *Ibíd*.
38 *Ibíd*.
39 *Ibíd*.
40 *Cfr*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales…* Óp. cit. p. 39.

que los personales lo hacen sobre situaciones debitorias en un mundo jurídico. Planiol y Ripert establecen que "esta creación de nuevos derechos reales por voluntad del hombre tropieza con obstáculos jurídicos que la hacen extremadamente rara en la práctica"[41]. Empero, lo improbable no es imposible.

Los mismos Planiol y Ripert aceptan la posibilidad de que existan otros derechos reales no contemplados en la ley. De esta manera, concluyen que "el derecho real […] no puede ser más que un desmembramiento del derecho anterior. La ley ha previsto la mayor parte de estos desmembramientos, aunque se puede imaginar algunos otros"[42].

Por otro lado, para Luis Díez-Picazo, en cuanto a los derechos reales de cosa ajena:

> no es posible una figura jurídica que no sea una de las tipificadas legalmente, aunque con otro contenido. [No obstante, aquello no significa que no existan otros derechos reales] La cuestión queda circunscrita a los derechos de adquisición preferente (tanteos básicamente) y cargas reales[43].

Albaladejo plantea que:

> [D]epende de la imaginación que se tenga. Por ejemplo: derecho de adquisición, no de la propiedad de una cosa, como, por ejemplo, en los retractos normales, sino de un derecho de goce (si vendes tu finca, puedo retraer su usufructo o un derecho de habitación; lo que, dicho sea de paso, sería más justo que muchos retractos vigentes); derecho de goce, no total sobre una finca, sino sólo a percibir cierta clase de frutos; servidumbres establecidas sobre bienes muebles (que no hay por qué rechazar, si se piensa en que hay usufructos de muebles), como el derecho a utilizar una plaza en tu medio de transporte de viajeros o a llevar tu caballo o tus perros en mis cacerías o que éstos custodien mi finca en días festivos, que falto de ella, o a guardar mis joyas en tu caja fuerte; derecho a recibir una pensión sobre un bien mueble, como el gravar con ella la propiedad de un camión o vagón de ferrocarril, etcétera. Esos casos (algunos de los cuales caben, como especificaciones, bajo ciertas figuras de derechos reales típicos) no se diga que verdaderamente son todos englobables bajo otro derecho real típico[44].

Resulta fácil esquivar la problemática, decantarse por que la cuestión no amerite mayor atención dada su supuesta imposibilidad material. No obstante, aun si se acepta la imposibilidad de crear nuevos derechos reales, la discusión sigue abierta.

Dado que ningún ordenamiento incorpora todos los derechos reales o les da carácter de derecho personal o los ha derogado como suele suceder con el derecho real de censo[45], es discutible que los particulares pueden configurar derechos reales no previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

41 Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés: Los Bienes*. *Tomo III*. Habana: Cultural. S.A., 1946, p. 55.

42 *Ibíd*.

43 Díez-Picazo, Luis, y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil: derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*. 7ma. ed. España: Tecnos, 2005, p. 49.

44 Albaladejo, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil*. *Derecho de cosas*. Bolonia: Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles en Bolonia, 1964, p. 28. En Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales*… Óp. *cit*., p. 371.

45 El derecho de censo estuvo vigente en el Ecuador hasta 1930. El artículo 568 del Código Civil prescribía que "el derecho de censo es personal en cuanto puede dirigirse contra el censatario, aunque no esté en posesión de la finca acensuada, y real en cuanto se persiga ésta". Código Civil. Artículo 568. Registro Oficial Suplemento No. 352 del 20 de junio de 1930. En esta cuestión resalta el orden público. Si el legislador ha derogado al censo del Código Civil, el cual estuvo presente hasta el Código de 1930, resulta claro que era de interés público que no se siga constituyendo esta clase de derecho real.

3.3. La alteración al orden público del sistema *apertus*

Probablemente el principal argumento contra el sistema *apertus* es el orden público. Si las leyes que establecen el derecho de propiedad, por su afectación a terceros y a la organización social de los Estados interesan al orden público[46], es reprochable que los particulares, mediante su autonomía de la voluntad, puedan crear derechos reales de afectación a terceros. De forma que existe un límite a la autonomía de la voluntad mediante el orden público.

En el caso de los derechos personales, es claro que los particulares pueden configurar los contratos atípicos que crean convenientes por la relatividad del contrato[47]. El *res inter alios acta* impone que el contrato tiene efectos *inter partes*, sin que pueda afectar de forma alguna a terceros protegidos a través de una inmunización[48]. La esfera del contrato afecta únicamente a las partes que han afligido su patrimonio y que han tenido la voluntad de obligarse, inmunizando a terceros mediante la inoponibilidad del contrato[49].

Por ello, los particulares pueden imponer los derechos y obligaciones que consideren necesarios, gravándose de formas únicas, sin requerimiento de tipicidad, ya que la voluntad del contrato es tal y los terceros son inmunes. Muy por el contrario, la situación de los derechos reales es completamente distinta. Todo derecho real es *erga omnes* e impone un deber de respeto de terceros hacia la relación jurídica.

El derecho real es amparado por una acción real oponible a terceros que vincula a quienes no lo han acordado. Resulta lógico que una autonomía de la voluntad que ha sido entregada a los particulares para que se autogobiernen en la esfera de sus relaciones privadas, se limite cuando dicha autonomía opere como una ley no solo para los contratantes, sino también para el resto de las personas que no lo han acordado, y que sin embargo les es oponible.Precisamente el orden público en derechos reales fue materia de debate entre Jean-Charles Florent Demolombe y François Laurent en el Derecho francés. Demolombe, por una parte, expuso el argumento de la tipicidad de los derechos reales basado en que los particulares no pueden pactar convenciones que vayan en contra de las normas de orden público.

En este sentido, pertenecen al orden público, según Demolombe, todas aquellas que afecten a terceros o al público en general, a la seguridad de las convenciones, o a los modos de adquirir los bienes[50]. Por el contrario, Laurent refutó estableciendo que en las premisas de Demolombe

46 *Vid*. Aguilar, José Luis. *Cosas, Bienes y Derechos Reales: Derecho Civil II*, volumen II**.** Octava ed. Caracas: Universidad Andrés Bello, 2007, p. 117.

47 *Vid*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales… Óp. cit.*, pp. 69-70.

48 En el Ecuador, si bien no hay una norma expresa de la relatividad del contrato, el *pacta sunt servanda* en el Código Civil manda que todo contrato es ley para las partes, pero no así para terceros. El *pacta sunt servanda* está contemplado en el Código Civil ecuatoriano en el artículo 1561. Código Civil. Artículo 1561. Registro Oficial No. 46 del 24 de junio de 2005.

49 Un claro ejemplo es la venta de cosa ajena que en el sistema de Bello por el sistema de título y modo es válida, pero inoponible para el verdadero dueño de la cosa vendida. El artículo 1754 del Código Civil ecuatoriano prescribe que "la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el transcurso del tiempo". Código Civil. Artículo 1754. Registro Oficial No. 46 del 24 de junio de 2005.

50 Leopoldo Peralta lo resume de modo similar, pero preferimos referir el texto original de Demolombe, en francés, para que el lector lo confronte. *Cfr*. Demolombe, Charles. *Cours de Code Napoléon*. Tome Neuviéme. París: Auguste Durand, p. 452.

existe una falta de demostración de que sea de interés general para la nación que el propietario esté limitado para establecer derechos reales sobre sus inmuebles[51].
Al igual que Demolombe, Vélez Sarsfield[52] consideraba que el sistema abierto afecta al orden público y produce efectos nefastos en la sociedad. Según él, en la Edad Media los Estados europeos crearon libremente derechos reales sobre la propiedad. Un ejemplo es que existía el arrendamiento perpetuo, que creaba un derecho sobre los inmuebles que, en efecto y sobre la cosa, se constituía la deuda[53], de forma que el acreedor de la renta perpetua podía perseguir a cualquiera que fuera propietario del inmueble. Sucedía también, durante la Edad Media, que una persona era propietaria del terreno y otro lo era de los árboles del mismo[54]. De tal manera, la propiedad se iba a la ruina[55].
La libre configuración de derechos reales afecta al orden público no solo por su afectación a terceros, sino también porque en situaciones de constitución desmedida de derechos reales sobre una misma cosa se atenta la libertad de explotación y circulación[56]. Tan solo basta imaginar el problema en la sucesión de múltiples derechos reales sobre una misma cosa durante la Edad Media: resultaba muy complejo el dividirla, lo que a su vez imposibilitaba su explotación y circulación[57]; debido a que al ser varios los particulares con derechos sobre la cosa, la delimitación de sus derechos era más dificultosa y la explotación del bien se veía comprometida. Por tanto, el sistema abierto es un constante freno a la libre circulación de los bienes que causa sufrimiento a terceros por cuanto les otorga cargas que jamás consintieron y que no les genera ninguna utilidad[58].
Un problema relacionado con el orden público es el de la publicidad de los derechos reales creados originalmente por los particulares. Si los particulares configuran un nuevo derecho real inexistente en el mundo hasta el momento, surge la duda respecto de cómo puede el tercero respetar un derecho real que posiblemente no conoce su existencia y contenido en situaciones como los derechos reales de cosa mueble que no se inscriben. Sin embargo, consideramos que aquello no es un problema, pues las personas tienen un deber de respeto a todo aquello que no es propio con independencia del derecho real. Así, no importa si se trata de dominio o de un derecho real de prenda, basta que la cosa no pertenezca al tercero para que este tenga la certeza de que existe un titular de un derecho sobre la cosa al cual le debe respeto en su relación jurídica sin necesidad de que conozca su contenido. En todo caso, ante la duda del contenido, el tercero deberá el respeto que confiere la propiedad, el cual, al ser el derecho real por excelencia, confiere

51 *Cfr*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales*… Óp. cit., p. 515.
52 Dalmacio Vélez Sarsfield fue un jurista argentino del siglo XIX conocido principalmente por su autoría del Código Civil de Argentina de 1869. Es fundamental para el estudio del sistema *numerus clausus*, puesto que fue el causante que en Argentina prime dicho sistema.
53 *Cfr*. Nota al artículo 2502 del Código Civil de la República Argentina con las notas de Vélez Sarsfield y Legislación Complementaria. Buenos Aires: LAJOUANE EDITORES, 1974. pp. 448-449.
54 *Ibíd*.
55 *Ibíd*.
56 *Ibíd*.
57 *Ibíd*.
58 Díez-Picazo, Luis. *Sistema de Derecho civil: derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*… Óp. cit., p. 47.

el mayor de todos los respetos.

Más aun, incluso en los derechos personales es aceptado que los terceros no deben interferir en la relación jurídica. Según Abeliuk:

> [E]l contrato puede limitarse a conferir derechos personales y establecer obligaciones. Pues bien, nadie podrá negar la existencia del crédito y la deuda, la calidad de acreedor del titular del primero, y de deudor del obligado. Todas estas calidades son oponibles, por regla general, a terceros, quienes no pueden desconocerlas. Y así, en la quiebra concurren todos los acreedores verificando sus créditos, esto es, haciendo valer los que tengan en contra del fallido. Los demás acreedores no podrán negarle al verificante su calidad de acreedor diciendo que el contrato que le otorgó tal calidad no les afecta, porque es oponible a ellos[59].

Otro tanto ocurre con el convenio arbitral, dado que "todo aquel que es absolutamente tercero a la relación jurídica debe respetarla, […] ningún tercero —en especial los jueces— puede desconocer los efectos de un convenio arbitral válidamente celebrado, por lo que deben abstenerse de inmiscuirse en el proceso arbitral"[60]. Por ello, incluso en los derechos personales es usual la no interferencia de terceros en la relación jurídica.

Por consiguiente, verdaderamente no es un problema la falta de publicidad del derecho real nuevo, pues tanto en los derechos reales como en los personales es frecuente el desconocimiento de su contenido por parte de terceros; pero aun así persiste el deber de respeto y abstención hacia la relación jurídica. Sin embargo, como ha quedado anotado, no sucede lo mismo respecto del argumento del orden público, que sin duda es plenamente cimentado, y en definitiva, tal como lo expuso José Servat Adúa en 1948:

> Si se diera a la voluntad humanai [sic] la más plena autonomía a este respecto, ¿no se introduciría la anarquía y el caos en nuestro ordenamiento inmobiliario? ¿No se desnaturalizaría el Registro subordinando al arbitrio de la libertad de contratación el mayor o menor ámbito de su misión protectora? ¿No se dificultaría el tráfico sobre inmuebles al multiplicarse sus gravámenes? ¿No sobrevendría fatalmente el descrédito de todo el sistema inmobiliario[61].

3.4. La visión económica: ¿un problema de subexplotación?

En cuanto a los argumentos económicos, en la actualidad se ha constituido lo que se conoce como la tragedia de los anticomunes, la cual, en la clásica expresión de Frank Michelman, sucede cuando nadie puede usar ni explotar un bien, pero todos tienen derecho de exclusión del resto de personas de forma que no lo hagan[62]. No obstante, aquella tragedia ocurre muy pocas veces en la práctica[63], de modo que Heller ha establecido una variación que resulta aplicable a la problemática de la aceptación del sistema *apertus*[64].

---

59 Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Tomo I. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 134.

60 García Larriva, Hugo. "Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica". *Iuris Dictio* XV/13, (2013), p. 173.

61Servat, José. "Derechos Reales y Pactos de Trascendencia Real". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. No. 247 (Diciembre 1948), p. 752.

62 *Cfr*. Heller, Michael. "The Tragedy of anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets". *Harvard Law Review* 111/3 (1998), p. 667.

63 "However, Michelman's definition of anticommons has virtually no counterpart in real-world property relations". *Ibíd*.

64 *Vid*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales… Óp. cit*., p. 554.

La tragedia de Heller ocurre cuando "muchas personas tienen derecho a excluir respecto de una cosa el uso de las demás y, a su vez, su derecho de explotación se encuentra acotado, no pudiendo usarla libremente, por lo menos en plenitud"[65]. Tragedia que tiene incidencia en los derechos reales puesto que al no existir reglas claras sobre la resolución de los conflictos en estos nuevos derechos reales, se hace más difícil la explotación, lo cual conllevaría a una subexplotación de los recursos afectándose así la productividad de los bienes[66].

Sin duda en el sistema *apertus* existe una excesiva fragmentación de la propiedad, lo "que daría lugar a la creación de un número demasiado grande de personas titulares de un derecho de veto acerca del uso de los bienes, lo que causaría un goce escasamente productivo, antieconómico y, en definitiva, antisocial"[67]. Cuestión que da ventaja al *numerus clausus* pues, a diferencia del sistema abierto, no produce subexplotación[68].

De igual forma, el sistema abierto genera desconfianza hacia la inversión, puesto que mientras más derechos reales existan sobre la misma propiedad menos productiva será, ya que producirá desconfianza hacia la inversión debido a que es más riesgosa[69]. *A contrario sensu,* los derechos de propiedad bien delimitados, sin otros derechos reales, promueven la producción y son un incentivo debido a que esta se hace más segura[70]; y dado que el sistema cerrado delimita adecuadamente la propiedad, debe tener primacía sobre el sistema *apertus*.

3.5. El argumento histórico: vaivén entre el *numerus apertus y el numerus clausus*

El tratamiento de la historia acerca de cuál de los sistemas de derechos reales nació primero no ha sido uniforme. Los autores que se han decantado por el sistema cerrado esgrimen su antigüedad frente al sistema abierto, basados en el Derecho Romano y aduciendo que el sistema abierto nació en el feudalismo[71]. Por el contrario, los partidarios del sistema abierto refutan aquella hipótesis y plantean que este nació primero, fundamentando su tesis, de igual manera, en el Derecho Romano[72]. Por tanto, resulta sumamente dificultoso establecer cuál de los sistemas es más antiguo y ha tenido un desarrollo mayoritario en la historia.

En cuanto a los partidarios del sistema abierto, se dice que en la Roma republicana existía una primacía del sistema *numerus apertus*. En este sentido, Ghersi, partidario del *numerus apertus*, en una conferencia dictada en la Universidad Francisco Marroquín, explica que "[en] la Roma republicana, entonces, el procedimiento de creación de derechos reales fue un procedimiento, fue un sistema, de número *apertus*. Era posible crear a través de un sistema de servidumbres, el derecho real que fuera necesario"[73]. Lo que se basa en que la propiedad era una cualidad

65 *Id*., pp. 554-555.
66 *Cfr*. *Ibíd*.
67 Rodríguez de Almeida, Goñi. "Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un numerus apertus en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad"… Óp. *cit*., p. 2268.
68 *Cfr*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales… Óp. cit*., p. 550.
69 *Ibíd*.
70 *Cfr*. *Id*., p. 552.
71 *Ibíd*.
72 *Vid*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales… Óp. cit*., pp. 74-75.
73 Ghersi, Enrique. *Del númerus clausus al númerus apertus***.** Óp. cit. (acceso: 09/08/2016).

de la cosa, y los derechos reales, que hoy en día son desmembratorios, en aquella época eran servidumbres[74]. En ese entonces, el Derecho Romano permitía a los particulares crear cualquier tipo de servidumbres como limitaciones al dominio, por lo que el sistema *numerus apertus* tendría vigencia en el Derecho Romano[75]. Posteriormente, el Derecho Romano tardío o justinianeo se basó en una concentración de poder, de la cual los derechos reales no fueron la excepción, por lo que se cambió del sistema *numerus apertus* al *numerus clausus*[76].

En sentido contrario, el partidario del *numerus clausus*, Dalmacio Vélez Sarsfield plantea en sus comentarios al artículo 2502 del antiguo Código Civil argentino que "el Derecho Romano no reconoce al lado de la propiedad, sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, y era por lo tanto privada la creación arbitraria de nuevos derechos reales"[77]. De igual forma, Edmundo Gatti y Jorge Alterini, comentando la opinión de Vélez Sarsfield, consideran que "[e]l derecho romano se pronunció en contra de la creación de derechos reales por los particulares y no reconoció además de la propiedad sino un número reducido"[78].

Posteriormente, para los partidarios de ambos sistemas, en la Edad Media existió un cambio entre el sistema cerrado del Derecho Romano tardío hacia un sistema abierto de derechos reales[79]. Aquello se justificó en que al caer Roma, se desintegró el Estado y se dio inicio al feudalismo. Por ello, la propiedad se repartió generalmente a los nobles y se gravó de muy diversas maneras. Al respecto, Ghersi establece que durante la Edad Media existía:

> [U]na limitación de capital, no hay capital ni humano ni monetario, y hay una disposición abundante de bienes que no pueden ser aprovechados eficientemente porque no hay quien los aproveche. Desaparece el capital monetario con la crisis de los Estados antiguos y desaparece el capital humano con las invasiones bárbaras. La gente que sabía hacer cosas, al final del Imperio Romano, pierde el conocimiento como consecuencia de las invasiones bárbaras, entonces ocurre una situación sumamente singular [...] ¿Quiénes son los titulares de los bienes? Generalmente los nobles que por conquista militar han adquirido la titularidad de los bienes, la posesión física de los bienes, y no tienen ni conocimiento ni capital monetario para financiar su explotación. Comienza así, en la Edad Media, uno de los más fascinantes procesos de derechos reales por número apertus del que se tenga noticia en la historia de la humanidad. Se divide el dominio útil del dominio directo en la Edad Media. El dueño, el titular de la propiedad, tiene el dominio directo pero no tiene ni el conocimiento ni el capital para explotar el recurso ¿Qué debe hacer? Enajenar el dominio útil a quien tenga el conocimiento y/o el capital para explotar el recurso a cambio del pago de una renta para tal efecto[80].

Así, existió un problema de escasez de propiedad privada en materia inmobiliaria, en el sentido de que no estaba repartida en la población, sino solamente entre pocos nobles. Por consiguiente, a fin de que los bienes puedan ser explotados, no se repartió el dominio a través de parcelas de

74 *Cfr. Ibíd.*
75 *Cfr. Ibíd.*
76 *Cfr. Ibíd.*
77 Nota al artículo 2502 del Código Civil de la República Argentina con las Notas de Vélez Sarsfield... Óp. *cit*., pp. 448-449.
78 Gatti, Edmundo, y Alterini, Jorge. *El Derecho Real: Elementos para una Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988, p. 78.
79 *Vid*. Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales… Óp. cit*., pp. 74-75.
80 Ghersi, Enrique. *Del númerus clausus al númerus apertus… Óp. cit*. (acceso: 09/08/2016).

propiedad con todos sus atributos, sino que se fragmentó el dominio, otorgando únicamente el dominio útil a los vasallos del señor feudal, teniendo como contraprestación[81] dinero o servicios personales para la explotación de los inmuebles.

De esta forma, durante la Edad Media se divide el dominio útil del dominio directo. Esto es algo que se ha llamado en economía "amortización de la propiedad"[82]. Al configurar múltiples derechos reales para separar la explotación del dominio mismo, se da muerte a la propiedad privada generando a su vez el severo problema de subexplotación mencionado. Al respecto, Lacruz Berdejo explica que

> [E]ra frecuente [...] que la posición jurídica del "propietario" de la tierra se hallase limitada y desvalorizada por múltiples derechos del señor; comprarle la sal; soportar derechos de caza, de pastos, de leñar, de pesca, de paso... A veces, había varios dueños sucesivos, desde el cultivador hasta el príncipe. Esta estructura de los derechos sobre las cosas fraccionaba el goce económico de los bienes al distribuir las rentas conseguidas con el trabajo y el capital de un único empresario entre una pluralidad de titulares de dudosa legitimación, al par que desanimaba la iniciativa productiva del empresario agrícola y el tráfico de los bienes, tanto a causa de la incertidumbre de los derechos como de la certeza de no obtener el dueño inferior para sí el resultado total de su esfuerzo[83].

Al llegar la Modernidad, de nuevo ocurrió el vaivén: la Revolución Francesa terminó por destruir a los sistemas feudales. El 4 de agosto de 1789 se erigió el lema de que "la Asamblea Nacional debe destruir totalmente la feudalidad"[84], y a través de decretos poco a poco se fueron suprimiendo las cargas reales y redistribuyendo los inmuebles confiscados a la nobleza y al clero, entregándolos a la burguesía y estatuyendo una propiedad como derecho fundamental, sacro e inviolable[85]. Así, resulta sorprendente que uno de los principales argumentos del sistema abierto sea la defensa de la libertad como derecho fundamental, ya que en los primeros borradores del Código Civil francés, los legisladores pretendían derogar la feudalidad y las sobrecargas de derechos reales que atentaban contra derechos fundamentales[86].

Al final de este proceso, el Código Civil alemán de 1900 (BGB), por influencia de la Revolución Francesa, terminó por acogerse al sistema *clausus*, de modo que los particulares tenían que regirse a los derechos reales legalmente contemplados[87], y el sistema *clausus* tuvo primacía en el siglo venidero.

---

81 Puede parecer extraño que al hablar de derechos reales se establezcan contraprestaciones que serían más propias de los derechos personales, pero en la Edad Media se rompe con aquella fórmula más romanista y no se hace mayor distinción entre derechos reales y personales. Al respecto, Gatti y Alterini manifiestan que "la postura romanista se disloca cuando se examina el régimen feudal de los derechos reales, que al desdibujar la distinción derechos reales y personales, no encuentra inconveniente en admitir que ciertos derechos reales impongan en el lado pasivo prestaciones positivas ('in faciendo'). Esas prestaciones consistían en ese sistema tanto en el pago de una suma de dinero, en la entrega en especie y hasta en la prestación de servicios personales". Gatti, Edmundo y Alterini, Jorge. *El Derecho Real... Óp. cit.*, p. 66.

82 *Vid*. Ghersi, Enrique. *Del númerus clausus al númerus apertus***.** *Óp. cit*. (acceso: 09/08/2016).

83 Lacruz Berdejo, José *et al*. *Elementos de Derecho Civil... Óp. cit*., p. 22.

84 Peralta Mariscal, Leopoldo. *Sistemas de Derechos Reales*. *Óp. cit*., p. 118.

85 *Cfr*. *Ibíd*.

86 *Cfr*. Struycken, T.D.H. "The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property". *Party Autonomy in International Property Law* (2011), p. 70.

87 Lacruz Berdejo, José *et al*. *Elementos de Derecho Civil... Óp. cit*., p. 22.

4. El Derecho Comparado y el caso ecuatoriano

Es tarea interpretativa descifrar cuál es el sistema adoptado por los legisladores en los diversos Estados, cuestión que no ha sido uniforme. De manera general, los Códigos Civiles suelen enlistar los derechos reales[88], de modo que antes de calificar a un Código como número *apertus* o *clausus*, primero hay que interpretar la taxatividad o mera ejemplificatividad de los artículos en cuestión.

En España, por ejemplo, se ha establecido un sistema de *numerus apertus* por cuanto el artículo 2 *in fine* de la Ley Hipotecaria establece que se pueden inscribir los títulos referidos a "derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y **otros cualquiera reales** (énfasis añadido)"[89]. Por tanto, el artículo en cuestión, al no agotar todos los tipos, es meramente ejemplificativo. Adicionalmente, el artículo 7 del Reglamento Hipotecario manda que no solo son inscribibles los títulos previamente establecidos, sino:

> **[C]ualesquiera otros relativos derechos de la misma naturaleza** así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, **sin tener nombre propio en derecho**, modifique desde luego o en lo futuro alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (énfasis añadido)[90].

Por esta razón, la interpretación al sistema de derechos reales en España es abierta y de esa manera se ha expresado la DGRN en sus resoluciones[91].

En Argentina, por el contrario, el antiguo Código de Vélez Sarsfield optó por el sistema *numerus clausus*, así que su artículo 2502 prescribe que "[l]os derechos reales solo pueden ser creados por la ley […]"[92]. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1884, prescribe que "[l]a regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida solo por la ley […]"[93].

Por su parte, el Código Civil ecuatoriano, en el artículo 595, después de definir a los derechos reales, los enlista: "son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca"[94]. Por consiguiente, es tarea de la hermenéutica descifrar si dicho artículo es taxativo o meramente ejemplificativo, a fin de establecer el sistema de derechos reales ecuatoriano.

En el Ecuador, por influencia del Código Civil chileno de Andrés Bello, la teoría más aceptada es que la enumeración del artículo 595 es meramente ejemplificativa. El artículo únicamente prescribe que son derechos reales los enumerados, pero no que estos sean los únicos. Ciertamente, la enumeración del Código es mucho más extensa y completa que la de otros Códigos, lo

---

88 Cuestión que tampoco es uniforme porque existen Códigos Civiles (como el de Venezuela) que no enlista los derechos reales.

89 Ley Hipotecaria. Artículo 2. Boletín Oficial del Estado No. 58 del 27 de febrero de 1946.

90 Reglamento Hipotecario. Artículo 7. Boletín Oficial del Estado No. 106 del 16 de abril de 1947.

91 *Vid*. Lacruz Berdejo, José *et al*. *Elementos de Derecho Civil… Óp. cit*., p. 26.

92 Código Civil de la República Argentina. Artículo 2502. Ley No. 340 del 29 de septiembre de 1869.

93 Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1884. Ley 26. 994

94 Código Civil. Artículo 595. Registro Oficial No. 46 del 24 de junio de 2005.

cual podría llevar a pensar que por esa razón debe entenderse como taxativa. No obstante, la tipicidad de la norma no es cerrada, ni establece restricción alguna referente a su delimitación[95]. Más aun, toda prohibición o delimitación en el Derecho debe ser diáfana y manifiesta, para que el ciudadano común esté consciente de las conductas no permitidas. Ante la duda, debemos optar por la teoría de que no existe prohibición.

En la doctrina chilena y ecuatoriana existe unanimidad tendiente a que, en ambos Códigos, el artículo de la enumeración de derechos reales es ejemplificativo. No obstante, aquello no significa que exista un sistema abierto, pues en el Ecuador existe un sistema *numerus clausus* y así lo reconoce una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que manifiesta "que no existen otros derechos reales que los que la ley taxativamente señala"[96].

Parecería que existe una contradicción ya que la mera ejemplificación es la base del sistema *apertus*, pero en realidad no la hay. Si el artículo es ejemplificativo, únicamente significa que no engloba todos los derechos reales del ordenamiento jurídico, pero sin duda los derechos reales están legalmente contemplados. Prueba de esta suerte de sistema híbrido —ejemplificativo y cerrado a la vez— es que en la antigua Ley de Minería del Ecuador, de 1991, se establecía un derecho real de concesión minera[97], de modo que la mera ejemplificación del artículo 595 del Código Civil y el carácter de sistema cerrado quedan configurados.

Puede cuestionarse por qué al haber en el Ecuador una lista de derechos reales meramente ejemplificativa en el Código Civil, a la par existe un sistema *numerus clausus*. Si bien en el Ecuador no existe una prohibición legal tan categórica como en Argentina, la autonomía de la voluntad tiene como límite el orden público, así que una norma que establezca que el sistema es cerrado resulta vana, superflua. Por esta razón, a pesar de que la Ley de Registro ecuatoriana en su artículo 25 prescriba que se sujetan al registro los siguientes:

> […] d) Los títulos constitutivos sobre bienes raíces de los derechos de usufructo, de uso, habitación, de servidumbres reales **y de cualquier otro gravamen, y en general, los títulos en virtud de los cuales se ponen limitaciones al dominio sobre bienes raíces;** […] (énfasis añadido)[98].

Aunque la norma sea de algún modo similar a la Ley Hipotecaria española, en el Ecuador predomina el sistema cerrado, pues la delimitación de derechos reales es considerada un tema de orden público.

5. Conclusiones

No existe un sistema perfecto de derechos reales, pues ambos presentan ventajas y desventajas.

---

95 *Cfr*. Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado: de los bienes*. Chile: Editorial jurídica de Chile, 1979, p. 35.

96 Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución No. 76-2003, Registro Oficial No. 86 del 21 de mayo de 2003.

97 "La concesión minera es un derecho real e inmueble, distinto e independiente al de la propiedad de la tierra en que se encuentra aunque ambas pertenezcan a una misma persona. El derecho real que emana de la concesión minera es oponible a terceros, transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y, en general, de todo acto o contrato, excepto el de constitución de patrimonio familiar […]". Ley de Minería. Artículo 7. Registro Oficial No. 695 del 31 de mayo de 1991.

98 Ley de Registro. Artículo 25. Registro Oficial No. 136 del 28 de febrero de 1980.

No obstante, la balanza parece inclinarse sobre el sistema cerrado. A pesar de que consideramos que existan varias objeciones que no le hacen justicia al sistema *numerus apertus* —tales como la falta de autonomía de la voluntad en áreas fuera de los contratos, la imposibilidad de idear otros derechos reales jamás contemplados, y el problema del respeto al derecho real por desconocimiento de su contenido—, otras críticas parecen ser bastante acertadas.

Indudablemente el orden público juega un papel principal en la elección del sistema. Otorgar a los particulares la posibilidad de imponer cargas a terceros de manera desmedida no es la mejor alternativa. A través de la asamblea legislativa, han sido los propios particulares —mediante sus representantes— quienes han delimitado los derechos reales susceptibles de gravar a terceros. De esta forma, en el sistema cerrado existe una autodelimitación de los particulares, mediante sus representantes en la asamblea, a los derechos reales susceptibles de afectar a la sociedad, y no es tan cierto que sea el sistema abierto el autodelimitador de derechos reales por parte de los particulares.

De igual forma, parecen ser sólidos los argumentos económicos contra el *numerus apertus*, lo cual a su vez tiene incidencia en el orden público. Es claro que en situaciones en que los varios particulares tienen un derecho de veto sobre un mismo bien, se genera un problema de subexplotación. Sin embargo, sobre todo se dificulta la libre circulación de los bienes y verdaderamente produce la amortización de la propiedad. Por tanto, la elección del sistema de derechos reales tiene incidencia en la economía y, con ello, en el orden público.

Por último, en el presente artículo se ha esgrimido una línea interpretativa por medio de la cual en el Ecuador no cabe el sistema de *numerus apertus* a pesar de la redacción de la Ley de Registro. Al ser la delimitación de derechos reales un tema de orden público, la autonomía de la voluntad halla un profundo límite a su ejercicio, y es superflua cualquier norma que lo ratifique, ya que debe primar el orden público ante el libertinaje privado. Por estas razones y otras adicionales, es papel del Estado delimitar adecuadamente los derechos reales y no dejarse llevar por ciertos feudalismos.